TVA sur frais de cession de titres : quelles nouveautés ?

La Lettre Capital Finance n°1005 du 14 fevrier 201 1 • page 8
Sonia Bonnabry, *Of Counsel, August & Debouzy*

Le Conseil d'Etat vient de rendre deux décisions sur le sujet, inspirées des principes posés par la CJUE. Ces deux affaires établissent de nouvelles lignes directrices que les sociétés devront anticiper avec prudence.

Le 23 décembre 2010, le Conseil d'Etat a rendu deux arrêts très attendus relatifs aux règles de déductibilité de la TVA grevant les frais de cession de titres réalisée par des holdings animatrices (Pfizer Holding France n°307698 et Michel Thierry n°324181). En bref, la Haute Cour a posé comme principe que n'était pas récupérable la TVA acquittée sur le montant des frais de cession, si ces frais étaient incorporés au prix de vente de titres de participation qu'une holding mixte détient dans une filiale. Enoncé ainsi, le principe n'a rien de surprenant. Ce qui l'est plus, en revanche, ce sont les applications qui en sont faites par le Conseil d'Etat dans ces deux affaires.

Le CE se rallie à la CJUE

Dans la lignée de la position de la CJUE (AB SKF C-29/08 du 29 octobre 2009), le Conseil d'Etat rappelle, à juste titre, que la TVA grevant l'acquisition de biens ou de services n'est déductible que s'il existe un lien direct et immédiat entre ces dépenses dites d'amont et une opération économique d'aval ouvrant droit à déduction (principe dit de l'affectation). A défaut d'établir un tel lien avec une opération particulière ouvrant droit à déduction, il est toutefois possible de déduire cette TVA lorsque les dépenses concernées font partie des frais généraux de l'assujetti, c'est-à-dire lorsqu'elles ont un lien direct et immédiat plus généralement avec l'ensemble des activités économiques de l'entreprise.

La décision SIVA de l'été dernier avait entériné cette position, en jugeant que la TVA grevant les frais de courtage acquittés par une société à l'occasion de la cession de titres de placement se situant hors du champ d'application de la TVA et dont la recette avait été consacrée au désendettement de la société était déductible, puisque la qualification de frais généraux avait pu être démontrée au cas particulier (CE n°292389, du 10 juin 2010). Cette position, reprise peu de temps après par deux cours d'appel (1), avait rendu optimistes les praticiens et les entreprises concernées, qui voyaient dans cette ouverture un commencement de pérennisation et de généralisation du régime de déduction des frais de cession de titres. Dans ses conclusions sur ces affaires, Laurent Olléon, rapporteur public, fait une proposition de synthèse sur l'articulation du raisonnement. Soit les dépenses sont inhérentes à la cession, auquel cas elles sont présumées avoir un lien direct et immédiat avec l'opération, et la TVA afférente est présumée non déductible (2). Soit, à l'inverse, les dépenses sont exposées en vue de l'opération, auquel cas elles seront réputées faire partie des frais généraux et la TVA sera réputée déductible (3). Partant de ces principes, en apparence assez simples et cohérents, il n'en reste pas moins que les deux présomptions ne sont pas irréfragables et que le contribuable (ou l'administration, selon le cas) pourra s'attacher à combattre ce postulat en apportant des éléments de preuve contraire.

Attention aux distributions

Le Conseil d'Etat retient une définition des opérations à caractère patrimonial, certes conforme aux recommandations de son rapporteur public, mais à tout le moins discutable. Dans le troisième considérant de l'arrêt Pfizer, il est précisé, en effet, que *« l'opération a revêtu un caractère patrimonial dès lors que le produit de cette cession a été distribué, qu'elles que soient les modalités de cette distribution »*. Les sociétés concernées verront immédiatement l'écueil de cette définition. De façon très incidente, le Conseil d'Etat vient de donner à l'administration fiscale une arme d'attaque redoutable, malheureusement sans mode d'emploi. Le produit de la cession doit-il s'entendre au sens financier (prix de cession reçu) ou au sens comptable ? Comment suivre le produit de cession dans

les réserves disponibles de la société cédante ? Doit-on établir un lien entre l'interdiction de distribuer et la prescription fiscale ? Les sociétés doivent-elles revenir à la dotation d'une réserve indisponible afin d'éviter toute contestation ? Quid si l'opération a créé une moins-value ? etc. Si le raisonnement retenu est légitime au plan juridique (quoi de plus patrimonial qu'une opération motivée par l'intérêt de l'actionnaire ?), il mérite à coup sûr d'être précisé à l'avenir, afin d'éviter les dérives. Si l'on s'en tient aux décisions rendues par le passé, il faut comprendre que, en pratique, ce n'est pas le fait de retirer de la trésorerie de l'opération qui la fait basculer dans le secteur patrimonial, mais bien l'affectation des fonds retirés de l'opération. L'appréciation n'est toutefois pas aisée, en pratique. Dans l'arrêt SIVA précité, le Conseil d'Etat a admis la déductibilité de la TVA car la société rencontrait de graves difficultés de trésorerie, l'obligeant à liquider certains placements dont le produit de la vente a été affecté à l'apurement de sa dette. Pourtant, dans l'affaire Pfizer, le Conseil d'Etat a refusé la déductibilité dans un contexte a priori semblable, puisque la société arguait que la cession était envisagée dans le cadre du redéploiement de ses marchés afin de pérenniser son activité et de répondre à certaines exigences financières.

La dialectique de la preuve

Le raisonnement du Conseil d'Etat est présenté de telle façon que l'on peut se demander, à la lecture des considérants, si la charge de la preuve n'a pas été un peu malmenée. En effet, le Conseil d'Etat énonce dans l'affaire Pfizer : *« considérant que l'administration a soutenu sans être utilement contredite que la société n'avait apporté aucun élément contraire permettant d'estimer que ces dépenses n'avaient pas été incorporées dans le prix de cession des titres ; que, par suite, l'administration doit être regardée comme établissant qu'elle était fondée à remettre en cause la déductibilité de la taxe ayant grevé ses honoraires »*. La formulation ne manque pas de surprendre. Doit-on comprendre que, si la société ne peut démontrer que le prix de cession n'inclut pas les frais de cession, alors l'administration est réputée avoir apporté une preuve suffisante ? A l'inverse, dans l'affaire Michel Thierry du même jour, le Conseil d'Etat rejette le pourvoi du ministre au motif que *« il ne résultait pas de l'instruction que ces dépenses auraient été mises à la charge des cessionnaires »*, sans indiquer plus avant quels sont les éléments qui ont emporté cette conviction. Si l'on met à part le sort des sociétés cotées, pour lesquelles l'administration pourra difficilement soutenir que le prix de cession inclut les frais de cession, les sociétés cédantes devront gérer la difficulté d'avoir la charge de prouver quelque chose qui n'existe pas. Laurent Olléon souligne, d'ailleurs, qu'il s'agit là d'une délicate question de *« dialectique de la preuve »*, qui, selon lui, s'explique par le fait que les éléments permettant de trancher objectivement cette question de la déductibilité de la TVA sont entre les seules mains des sociétés, ce qui semble induire que la preuve doit systématiquement peser sur la société cédante. Mais il ne faudrait pas oublier, à notre sens, que l'administration a eu accès, dans les deux affaires jugées, à tous ces éléments s'agissant de redressements faisant suite à des vérifications de comptabilité. Au cas particulier, l'on pourrait se demander légitimement si le Conseil d'Etat n'est pas allé un peu vite en besogne dans l'affaire Pfizer, en donnant droit à l'administration qui a *« soutenu sans être contredite »* que le coût des prestations était incorporé au prix de cession. Dans un souci d'objectivité, l'on pourrait également se demander ce qui a empêché la société requérante d'apporter la preuve contraire.

Enjeux stratégiques et financiers

Quels enseignements retenir de ces deux décisions ? Prudence et anticipation seront les deux attitudes à adopter afin de prévoir toute contestation future, sachant qu'une attention particulière devra être portée aux opérations de cession qui ne s'inscrivent pas dans une restructuration économique, donc non patrimoniale. A cet effet, la société cédante devra s'attacher désormais à réunir tous les éléments lui permettant soit de lutter contre la présomption de non-déductibilité des frais inhérents à la cession ou, à l'inverse, de conforter la déductibilité des frais engagés en vue de la cession. Reste que bon nombre d'opérations passées pourraient être source de
redressements sur le sujet.

(1). CAA Versailles, n°08-970 Ets Rémy Martin et C ie, n°08-985 SA Cointreau, 8 juillet 2010.
(2). Notamment frais de courtage, commissions bancaires ou frais d'intermédiation.
(3). Notamment recherche d'acquéreur, valorisation, structuration.

Quelques recommandations pratiques

Il appartient aux sociétés qui cèdent leurs filiales de pouvoir démontrer un lien direct et immédiat entre les frais de cession et leur activité économique, alors même qu'elles feraient l'objet d'un contrôle fiscal à l'initiative du fisc. Si cette preuve peut être rapportée par tout moyen, en pratique, il s'agira de s'armer de bons arguments tirés de la comptabilité analytique, des règles de valorisation ou encore des termes mêmes de l'accord passé entre les parties. Il pourra ainsi être établi que la cession présente un intérêt stratégique ou financier. Il devra, en outre, être démontré que le prix de vente reflète la seule valeur économique réelle de la cible, laquelle dépend de ses caractéristiques intrinsèques comptables et financières, notamment. Enfin, sur un plan plus formel, la documentation juridique de l'opération devra être rédigée avec le plus grand soin, afin de prévoir expressément soit que l'ensemble des frais de cession reste à la charge du vendeur, soit que chacune des parties supporte les frais qu'elle engage ou encore, de façon plus explicite, que le prix de cession n'inclut pas les dépenses engagées par le cédant.